

# Concentratie KPN-Tiscali: één ADSL-aanbieder minder

Op het gebied van de telecommunicatie volgen de consolidatieslagen elkaar in een hoog tempo op. Zo heeft KPN in de afgelopen drie jaar op het gebied van internet onder meer de Internet Service Providers (ISP's) Demon, Cistron, Speedling, Freeler en HCCnet overgenomen, op het gebied van vaste telefonie Enertel,<sup>1</sup> op het gebied van mobiele telefonie Telfort<sup>2</sup> en op het gebied van digitale televisie Digitenne<sup>3</sup> en Nozema.<sup>4</sup> Ook in de kabelsector heeft er een grote concentratie plaatsgevonden, doordat Casema, @Home en Multikabel tot het grootste kabelbedrijf van Nederland zijn gefuseerd.<sup>5</sup> Nu heeft KPN op het gebied van netwerktoegang voor internet een vergunning gekregen om Tiscali over te nemen.<sup>6</sup> In dit artikel wordt nagegaan waarom voor de laatstgenoemde concentratie de vergunningsfase nodig was en wat het onderzoek in die fase heeft opgeleverd.

## Marktanalysebesluit van OPTA

Om te beginnen schets ik kort de huidige situatie op het gebied van internet en internettoegang. Een belangrijk ijkpunt daarbij vormt het marktanalysebesluit van OPTA over breedbandinternet uit 2005.<sup>7</sup> Dit besluit betreft de marktanalyse door OPTA van breedbandinternet (breedbandinternet is – simpel gezegd – snel internet via de kabel of ADSL), waarbij OPTA moest beoordelen of deze markt daadwerkelijk concurrerend was en of er een partij was met aanmerkelijke marktmacht. OPTA heeft op grond van hoofdstuk 6A van de Telecommunicatiewet in dit besluit geconcludeerd dat er niet alleen een onderscheid moet worden gemaakt tussen smalbandinternet (inbellen voor internet via de telefoonlijn) en breedbandinternet, maar ook tussen retailinternettoegang (het leveren van internetdiensten aan consumenten, zoals toegang tot het wereldwijde web en e-mail) en wholesaletoegang (het leveren van toegang tot het netwerk aan andere aanbieders van internet die op deze wijze hun eigen internetdiensten aan hun eigen klanten kunnen bieden zonder dat zij zelf over een eigen netwerk hoeven te beschikken). Dit onderscheid in twee aparte markten voor enerzijds retail en anderzijds wholesale is op zich goed verklaarbaar. In het ene geval betreft dit het rechtstreeks leveren van internetdiensten aan de eigen klanten, terwijl het in het andere geval gaat om een overeenkomst met een andere onderneming, die op grond daarvan internetdiensten aan diens eigen klanten kan aanbieden.

Een belangrijk element in het besluit van OPTA is dat breedbandinternet via ADSL en via de kabel tot dezelfde markt behoren. Op zich was dat geen nieuwe conclusie. Al heel wat jaren geleden waren NMa en OPTA in een gezamenlijke analyse tot dezelfde conclusie gekomen.<sup>8</sup> In de jurisprudentie is dit oordeel in 2006 bevestigd, onder verwijzing naar deze gezamenlijke rapportage van NMa en OPTA.<sup>9</sup>

In haar marktanalysebesluit legde OPTA aan KPN en haar groepsmaatschappijen diverse verplichtingen op omdat zij over aanmerkelijke marktmacht beschikten op de markt voor wholesaletoegang van internetdiensten. Tot deze verplichtingen behoorde onder ander de verplichting om derden toegang te verlenen tot het netwerk.

## Eerstefasebesluit van NMa

In het besluit in de eerste fase heeft de NMa geoordeeld dat voor de concentratie tussen KPN en Tiscali een vergunning was vereist.<sup>10</sup> De reden hiervoor had betrekking op zowel de retailmarkt voor breedbandinternettoegang als op de wholesalemarkt voor lagekwaliteitsbreedbandtoegang. Op deze begrippen kom ik later nog terug. Andere markten die de NMa in het eerstefasebesluit beoordeelt maar waar zij geen mededingingsproblemen ziet (de retailmarkt voor vaste telefonie en de markt voor huurlijnen) laat ik in dit artikel verder onbesproken.

In haar besluit gaat de NMa uit van het onderscheid tussen de markt voor retailinternettoegang en de markt voor wholesaletoegang. In het geval van retailinternettoegang concludeert de NMa dat de kabel en xDSL tot dezelfde relevante markt behoren. De NMa laat in het midden of breedbandinternettoegang via glasvezel tot dezelfde markt behoort, omdat de concurrentiedruk daarvan op dit moment en in de nabije toekomst nog beperkt is. Datzelfde geldt volgens de NMa voor draadloze en mobiele infrastructures voor internet.

Verder is er volgens de NMa, in navolging van het marktanalysebesluit van OPTA, geen reden om de relevante markt nader onder te verdelen naar type gebruiker. Zowel de consument als de grootzakelijke gebruiker behoren tot dezelfde markt.

De geografische markt voor retailbreedbandinternettoegang is nationaal.<sup>11</sup> Hoewel de kabelbedrijven slechts regionale spelers zijn omdat zij alleen kunnen leveren

1 Besluit NMa in zaak 5678, d.d. 21 juli 2006.

2 Besluit NMa in zaak 5104, d.d. 30 augustus 2005.

3 Advies NMa in zaak 3788, d.d. 25 februari 2004.

4 Besluit NMa in zaak 5454, d.d. 6 maart 2006.

5 Besluit NMa in zaak 5796, d.d. 8 december 2006.

6 Besluit NMa in zaak 5807, d.d. 23 mei 2007.

7 Besluit OPTA inzake wholesalebreedbandtoegang, d.d. 21 december 2005.

8 Rapportage Internettoegang van NMa en OPTA, 14 december 2001.

9 Rechtbank Den Haag, *Educatiefnet en Easynet vs. KPN*, 22 maart 2006, m.nt. OvD, AM 2006, p. 129.

10 Besluit NMa in zaak 5807, d.d. 22 december 2006.

11 De NMa neemt deze positie al heel lang in, zie bijvoorbeeld Besluit 3052, Liberty Media – Casema, d.d. 6 november 2002.



in hun eigen verzorgingsgebied, concurreren zij volgens de NMa met landelijk opererende DSL-aanbieders. Zij hanteren geen verschillende tarieven per regio.

Op de wholesalemarkt voor breedbandtoegang maakt de NMa, wederom in navolging van OPTA, een onderscheid tussen hoge- en lagekwaliteitwholesalebreedbandtoegang. Hoge kwaliteit wordt met name gebruikt voor zakelijke afnemers in de vorm van huurlijnen. In het onderhavige besluit gaat het alleen om de markt voor lagekwaliteitbreedbandtoegang. Ook op deze markt spelen kabel en DSL allebei een rol. De concurrentiedruk die beide infrastructures van elkaar als substituten ondervinden op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang vertaalt zich naar de wholesalemarkt voor breedbandinternet. Immers, de kosten van wholesaletoegang bepalen voor een groot deel de eindgebruikerstarieven. Een belangrijk aspect is verder dat slechts een klein deel van deze markt (10%) bestaat uit externe leveringen, zodat er maar weinig ISP's gebruikmaken van wholesaletoegang. De externe leveringen worden slechts aangeboden door vier DSL-aanbieders, namelijk KPN, Tiscali, Tele2/Versatel en bbned.

Ook hier betreft het een nationale markt. Als reden geeft de NMa, volgens bestendige praktijk, aan dat deze markt een afgeleide is van de retailmarkt voor breedbandinternettoegang.

De NMa beoordeelt de gevolgen van de beoogde concentratie op de retail- en de wholesalemarkt tezamen. Dit is enigszins opmerkelijk, omdat de NMa juist had geoordeeld dat er sprake was van twee afzonderlijke productmarkten. Bovendien is het gevolg dat de beoordeling enigszins rommelig wordt omdat er telkens argumenten van de ene markt worden gebruikt bij een beoordeling van de andere markt. Waarom worden zij dan toch gezamenlijk beoordeeld? De reden hiervoor is dat de beide markten voor breedband (internet)toegang sterk verticaal zijn geïntegreerd. Hiermee wordt bedoeld dat de meeste netwerkeigenaren op de wholesalemarkt alleen toegang geven tot hun netwerk aan hun eigen ISP's. Daardoor zijn de posities van de marktpartijen op de beide markten zeer sterk met elkaar verbonden.

De marktaandelen van KPN en Tiscali gezamenlijk komen na de concentratie uit op een bandbreedte tussen 40-50% op de retailmarkt en 50-60% op de wholesalemarkt (het marktaandeel is daar wat hoger omdat zij ook toegang verlenen aan externe partijen). Deze marktaandelen zijn reden 1 voor het nadere onderzoek in de vergunningsfase.

Het grote struikelblok bij de beoordeling van deze concentratie is dat Tiscali een van de weinige aanbieders van DSL is die ook toegang aan andere partijen geeft. Tiscali is daarbij nu nog een stevige prijsconcurrent voor KPN op de wholesalemarkt. Wanneer de concentratie zou doorgaan, zou dit alternatief vervallen. Hierdoor houden afnemers van Tiscali geen reëel alternatief over. In het verleden heeft KPN bijvoorbeeld onder druk van

concurrenten diverse malen nieuwe aantrekkelijker abonnementsvormen moeten aanbieden en de prijs-kwaliteitverhouding moeten verbeteren. Volgens de NMa kan de concentratie leiden tot een verandering van de concurrentiesituatie. Het is vervolgens de vraag of de overgebleven internetaanbieders voldoende tegendruk kunnen uitoefenen (reden 2 voor de vergunningsfase).

Op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang neemt de positie van de kabel al enige tijd af ten opzichte van die van DSL. Gezamenlijk bieden de kabelbedrijven wel landelijke concurrentie, maar feitelijk heeft iedere kabelaanbieder, die zijn eigen voorwaarden hanteert, slechts een dekking die beperkt is tot zijn eigen afzetgebied. Hierdoor bieden de kabelbedrijven onvoldoende concurrentiedruk. Dit geldt ook voor de andere ADSL-aanbieders (reden 3).

De onafhankelijke ISP's zonder eigen netwerk kunnen na de concentratie nog maar uit drie aanbieders van breedbandinternettoegang kiezen, waarvan alleen KPN als een volwaardige aanbieder wordt gezien. Zo is de dekkingsgraad van de twee andere aanbieders geringer dan die van KPN, zodat er feitelijk geen reëel alternatief overblijft (reden 4). Nieuwe aanbieders zijn vanwege de hoge kosten niet waarschijnlijk. De concurrentiedruk van mobiele, draadloze en glasvezelnetwerken is onvoldoende. Vanwege de hoge vaste kosten van een netwerk ligt een vraagbundeling van de andere netwerkaanbieders in de rede, maar door de overname van Tiscali vervalt een mogelijkheid daartoe (reden 5).

Gelet op al deze ontwikkelingen en de bovengeschetste toename van de marktaandelen tot rond en boven de 50% was de NMa van mening dat er redenen zijn om aan te nemen dat er een economische machtspositie kan ontstaan op zowel de retailmarkt voor breedbandinternettoegang als de wholesalemarkt voor breedbandtoegang. In de vergunningsfase heeft de NMa uitgebreider gekeken naar deze markten.

### **Tweedefasebesluit**

In het tweedefasebesluit werd alsnog een vergunning gegeven voor de concentratie. De vraag is wat er veranderd was in de analyse van de NMa dat zij de vrees voor het ontstaan van een economische machtspositie kon laten varen.

De verandering is in ieder geval niet gelegen in een andere marktdefinitie, want de NMa houdt de definities uit haar eerstefasebesluit aan. De reden voor NMa om alsnog akkoord te gaan met de concentratie was gelegen in een onderzoek dat zij heeft laten uitvoeren door Telecompaper. Dat onderzoek had betrekking op: (i) de prijs- en productontwikkeling op de breedbandmarkt en de onderlinge reacties van de aanbieders; en (ii) de ontwikkeling van glasvezel.

De conclusies die de NMa trok uit dit onderzoek waren dat: (i) de positie van Tiscali niet zo belangrijk is dat



## Actualiteiten Nationaal

andere aanbieders van DSL (Orange en Tele2) samen met de kabelbedrijven geen tegenwicht kunnen bieden; (ii) door de concentratie niet een mogelijkheid van vraagbundeling van netwerkeigenaren zou wegvallen; en (iii) afnemers weliswaar het wegvallen van het belangrijkste alternatief voor breedbandinternettoegang zien verdwijnen, maar dat de belangrijkste concurrenten van KPN (de kabelbedrijven en aanbieders met een eigen netwerk) niet afhankelijk zijn van toegang tot het netwerk van KPN en Tiscali.

Op de retailmarkt van internettoegang wordt het marktaandeel van KPN-Tiscali na de concentratie circa 49%, van de kabelbedrijven tezamen (die echter – zoals gezegd – alle slechts regionaal actief zijn en onafhankelijke bedrijven zijn) circa 40%, van de ISP's met een eigen netwerk 8% en van ISP's zonder eigen netwerk 3%.

Telecompaper heeft onderzocht dat vooral de ISP's met een eigen netwerk de afgelopen jaren de concurrentie op KPN hadden aangewakkerd met de introductie van nieuwe producten en scherpe tarieven. KPN en de kabelbedrijven zouden zich volgend hebben opgesteld. Maar van Tiscali (marktaandeel circa 4%) ging volgens de NMa niet een grotere concurrentiedruk uit dan van de andere ISP's met een eigen netwerk.

Verder heeft de NMa bekeken of de ISP's met een eigen netwerk plannen hadden om gezamenlijk te gaan investeren om beter te kunnen concurreren met KPN (die wel een landelijk netwerk heeft, terwijl de andere partijen slechts circa 70% van de huishoudens kunnen bereiken). Dergelijke plannen bleken er niet te zijn, zodat de concentratie van KPN en Tiscali daar ook geen wijzigingen in bracht.

KPN heeft aangegeven vooral de kabelbedrijven als haar belangrijkste concurrent te beschouwen. Dit heeft met name te maken met het aanbieden van triple play (de bundeling van de drie producten: internet, telefonie, televisie) die door steeds meer consumenten in één pakket worden afgenomen. De kabelbedrijven zouden daarbij, vanwege hun aanbod van analoge televisie, bij triple play een voorsprong op KPN hebben, maar volgens de NMa zal het de komende jaren bij bundeling vooral om dual play (internet en telefonie) gaan. Bundeling heeft volgens de NMa dan ook geen effect op de positie van KPN.

Overigens heeft KPN bij de NMa een klacht ingediend tegen de grootste kabelbedrijven, waarin zij aanvoerde dat de kabelbedrijven misbruik van hun machtspositie maakten bij onder meer de bundeling van analoge en digitale televisie. De NMa heeft deze klachten afgezeen.<sup>12</sup>

Op de markt van wholesalebreedbandtoegang heeft de NMa geen onderzoek laten uitvoeren, althans daar blijkt niet van in het besluit. Daar zou volgens mij wel aanlei-

ding toe hebben bestaan, gezien het hoge marktaandeel (van 50-60%) van de nieuwe combinatie. Bovendien is er op deze markt, omdat alleen bbnd ook aan toegang tot haar netwerk verleent, slechts weinig prijsdruk. Dit lijkt KPN een zekere ruimte te geven voor het vragen van hoge tarieven.

Volgens de NMa ondervindt KPN echter voldoende indirecte concurrentie van de andere ISP's met een eigen netwerk en van de kabelbedrijven. KPN zou ervan weerhouden worden om hoge toegangstarieven te vragen omdat haar afnemers anders klanten zouden verliezen aan de kabelbedrijven en ISP's met een eigen netwerk. Mij lijkt dat een dergelijke conclusie, hoe plausibel zij ook klinkt, in de tweede fase van een concentratiemelding onderzocht had moeten worden.

Dit neemt overigens niet weg dat de wholesalemarkt ook uitgebreid aan de orde is gekomen in een zaak bij het CBB over het marktanalysebesluit van OPTA. De uitspraak in die zaak kwam in dezelfde maand als het tweedefasebesluit van de NMa. Het CBB oordeelde, na een uitgebreide uiteenzetting, dat er wel degelijk sprake is van een indirecte prijsdruk vanuit de retailmarkt.<sup>13</sup> Hoewel de eindconclusie van de NMa op dit punt wordt ondersteund door het CBB, had een eigen onderzoek van de NMa hiernaar zeker niet misstaan.

Een ander element dat volgens mij nadere bestudering had verdiend is dat na de overname van Tiscali nog maar één andere aanbieder van toegang overblijft naast KPN, namelijk bbnd. Bovendien heeft deze overblijvende partij een mindere dekking. De geconsulteerde marktpartijen hebben aangegeven dat de voorwaarden en tarieven van KPN hen niet in staat stellen om een (winstgevend) concurrerend aanbod in de retailmarkt te zetten.

De NMa reageert op deze bezwaren door te wijzen op de indirecte concurrentiedruk van de kabelbedrijven en de andere DSL-aanbieders die niet afhankelijk zijn van toegang tot het netwerk van KPN en te overwegen dat de ISP's die wel volledig op dit netwerk aangewezen zijn, maar een beperkt marktaandeel hebben.

De NMa besteedt ook nog aandacht aan de plannen van KPN om een nieuw netwerk aan te leggen, All-IP genaamd. Volgens de NMa kunnen de plannen die KPN heeft voor de introductie van All-IP weliswaar voor de andere ADSL-aanbieders grote consequenties hebben, maar OPTA houdt dit scherp in de gaten.<sup>14</sup> Mede omdat de NMa constateert dat All-IP een autonome ontwikkeling is die losstaat van de overname van Tiscali, laat ik dit aspect verder buiten beschouwing.

RM

<sup>13</sup> CBB, *Tele2 en ACT vs. OPTA*, 9 mei 2007, AWB 06/120 en 06/136, LJN BA4656.

<sup>14</sup> Zo heeft OPTA ronde tafelbijekomsten georganiseerd en is ze bezig met o.a. een nieuwe marktanalyse voor wholesaletoegang in verband met All-IP waarbij ze ook de tussen KPN en drie afnemers tot stand gekomen principe overeenkomsten betreft. Zie brief van OPTA d.d. 13 juli 2007 op de website van OPTA.

<sup>12</sup> Zaak 5702, *KPN vs. kabelbedrijven*, 20 juli 2007. In een volgend nummer van AM kom ik op deze zaak terug.